



Roj: **STS 4010/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4010**

Id Cendoj: **28079150012021100097**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/11/2021**

Nº de Recurso: **32/2021**

Nº de Resolución: **97/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **FERNANDO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STMT 46/2021,**
STS 4010/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 97/2021

Fecha de sentencia: 04/11/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION PENAL

Número del procedimiento: 32/2021

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 02/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Marín Castán

Procedencia: TRIBUNAL MILITAR TERRITORIAL SEGUNDO

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Palazuelos Morlanes

Transcrito por: RCF

Nota:

RECURSO CASACION PENAL núm.: 32/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Marín Castán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Palazuelos Morlanes

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 97/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jacobo Barja de Quiroga López, presidente

D. Fernando Pignatelli Meca

D^a. Clara Martínez de Careaga y García

D. José Alberto Fernández Rodera



D. Fernando Marín Castán

En Madrid, a 4 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 101-32/2021, interpuesto por el Soldado Artillero D. Rafael, representado por la procuradora D.ª Lucía Agulla Lanza, bajo la dirección del letrado D. José Vicente Moreno Sánchez, frente a la sentencia de fecha 13 de abril de 2021 recaída en las Diligencias Preparatorias n.º 26/03/20, dictada por el Tribunal Militar Territorial Segundo, por la que se condenó al recurrente como autor responsable de un delito de abandono de residencia, previsto y penado en el artículo 56 del Código Penal Militar, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres meses y un día de prisión, con las accesorias de suspensión militar de empleo, cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, para cuyo cumplimiento le será de abono el tiempo de privación de libertad sufrido por razón de estos hechos.

Ha sido parte, además del recurrente, la Fiscalía Togada, que comparece en la representación que le es propia, y han concurrido a dictar sentencia los Excmos. Sres. Magistrados anteriormente referenciados, quienes, previas deliberación y votación, expresan el parecer del Tribunal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Marín Castán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene la siguiente relación de hechos probados:

"PRIMERO.- Resultan probados, y así se declara expresamente, los siguientes hechos:

El Soldado del Ejército de Tierra D. Rafael, quien se hallaba destinado en el RAMIX N.º 32 (Melilla), encontrándose en situación de baja médica debidamente autorizada por motivos psicológicos, en concreto por padecer un trastorno adaptativo mixto desde el día 12 de mayo de 2020, quien tenía autorizado disfrutar de la baja en su residencia de la ciudad de Melilla, se ausentó de la misma sin autorización desde las 23:59 horas del día 25 de junio de 2020, que es cuando partió el Ferry de Transmediterránea en el que viajaba, previas las maniobras de embarque y desatraque, hasta las 01:30 horas del día 29 de junio siguiente, en que desembarcó en el puerto de Melilla del Ferry en el que regresaba.

SEGUNDO.- La convicción de que los hechos han ocurrido en la forma que ha quedado relatada, resulta de la prueba documental y testifical obrante en las actuaciones, así como de la propia declaración del acusado, quien ha reconocido los hechos en el acto de la vista. De la prueba documental destacamos el folio 15 y 16 de las actuaciones en donde consta información de la Compañía Transmediterránea en la que se refleja que el barco a bordo del que iba el Soldado Rafael partió el día 25 de junio de 2020 a las 23:59 horas del puerto de Melilla, hora a la que habría que adelantar, el tiempo de los trámites de aduanas y embarque en el buque.

También consta documentalmente como hora de llegada del Ferry de Transmediterránea al puerto de Melilla las 01:30 horas del siguiente día 29 de junio, momento en que el encausado desembarcó.

La Sala ha valorado el citado documento, junto con los otros medios de prueba, como son las declaraciones de los testigos y del propio encausado quien reconoce los hechos. Incluso el Cabo 1º D. Carlos María quien vio a bordo al procesado en el viaje de ida de Melilla a Málaga y de vuelta de Málaga a Melilla.

La intervención de la Doctora Doña Juana que atendió al Soldado Artillero Rafael y del Comandante Médico D. Pedro Francisco y que se refirieron a que estaba aconsejado que su baja psicológica la pasara con su familia, no justifica la ausencia de solicitud de autorización necesaria, que el encausado no tramitó en este caso para abandonar la plaza de Melilla".

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la expresa sentencia es del siguiente tenor literal:

"Que debemos condenar y condenamos al procesado, Soldado D. Rafael, como autor de un delito consumado de ABANDONO DE RESIDENCIA, previsto y penado en el artículo 56 del Código Penal Militar, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN, con las accesorias de suspensión militar de empleo, cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, para cuyo cumplimiento le será de abono el tiempo de privación de libertad sufrido por razón de estos hechos en cualquier concepto".

TERCERO.- Notificada que fue la sentencia a las partes, el letrado D. José Vicente Moreno Sánchez, en representación del acusado, mediante escrito presentado ante el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla el 16 de abril del presente año, manifestó su intención de interponer recurso de casación, que se tuvo por preparado según auto de fecha 4 de mayo siguiente, del Tribunal sentenciador.



CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, la procuradora D.^a Lucía Agulla Lanza, en representación del recurrente, bajo la dirección del letrado D. José Vicente Moreno Sánchez, formalizó, con fecha 9 de junio del presente año, el recurso anunciado, que fundamentó en los siguientes motivos:

"PRIMERO.- Por el cauce del Art. 5.4 L.O.P.J, por infracción del art. 24 de la Constitución, por existir error en la apreciación de la prueba dado que no ha sido valorado por el Tribunal el certificado emitido por el Capitán del buque de la Compañía Transmediterránea obrante al folio 124 de autos y no ha sido aplicado el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar firmada el 30 de abril de 1982.

SEGUNDO.- Por infracción de Ley (art. 849.1º LECRIM) por aplicación indebida del artículo 56 del Código Penal Militar en relación a los elementos del tipo penal.

TERCERO.- Por infracción de Ley (art. 849.1º LECRIM) por aplicación indebida del artículo 56 del Código Penal Militar en relación a los días del fin de semana".

Es su pretensión que por esta Sala se dicte sentencia en la que se declare haber lugar a los expresados motivos con todos los pronunciamientos favorables, casando la sentencia que se recurre.

QUINTO.- Dado traslado de las actuaciones a la Fiscalía Togada, la Excm. Sra. Fiscal de Sala presentó escrito el 13 de julio del presente año, en el que formuló oposición al recurso de casación interpuesto, solicitando a la Sala que se dicte sentencia por la que se acuerde la desestimación del recurso de casación formalizado por la representación del acusado.

SEXTO.- Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 14 de julio de 2021, se dio traslado a la parte recurrente del escrito de oposición presentado por el Ministerio Fiscal para que, en el plazo de tres días, expusiera lo que estimare conveniente respecto al mismo, habiendo evacuado la parte dicho trámite en tiempo y forma, por escrito de 19 de julio siguiente.

SÉPTIMO.- No habiendo solicitado las partes la celebración de vista, y no conceptuándola tampoco necesaria esta Sala, por providencia de fecha 29 de septiembre del año en curso, se señaló para la deliberación, votación y fallo del presente recurso, el siguiente día 2 de noviembre a las 12:00 horas, acto que se llevó a cabo con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

OCTAVO.- El Magistrado Ponente terminó de redactar la presente sentencia en fecha 3 de noviembre de 2021 y se ha pasado, a continuación, a la firma del resto de miembros de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Es objeto del presente recurso de casación la sentencia de fecha 13 de abril de 2021, del Tribunal Militar Territorial Segundo, cuya relación de hechos probados, fundamentos de la convicción y fallo han sido transcritos en los anteriores antecedentes de hecho.

En el primero de los motivos en que, según el orden de interposición de los mismos, articula su impugnación, y al amparo de lo previsto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denuncia la parte que recurre haberse incurrido por la sentencia de instancia en infracción de precepto constitucional, en concreto de su derecho a la presunción de inocencia reconocido por el artículo 24.2 de la Constitución española, al entender que se ha producido error de hecho en la apreciación de la prueba, "dado que no ha sido valorado por el Tribunal el certificado emitido por el Capitán del buque de la Compañía Transmediterránea obrante al folio 124 de autos y no ha sido aplicado el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar firmada el 30 de abril de 1982".

Es cierto que, como cuestión previa expone la Excm. Sra. Fiscal de Sala en su cuidado escrito de oposición, se yuxtaponen en el mencionado motivo tres causas de impugnación distintas, como son la vulneración de un derecho fundamental, un error de hecho en la valoración de la prueba y una infracción de ley sustantiva - en este caso de un Convenio Internacional-, con inobservancia de las formalidades legalmente exigidas para la interposición del recurso extraordinario de casación en el artículo 874.1º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no consignarse de manera separada, en párrafos numerados, el fundamento o fundamentos doctrinales y legales eventualmente aducidos como motivos de casación y mezclar en un mismo motivo cuestiones cuya eventual estimación tendría distintas consecuencias jurídicas, todo lo cual podría ser suficiente para entender que el recurso se halla incurrido en la causa de inadmisión prevista en el apartado 4º del artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -"cuando no se hayan observado los requisitos que la Ley exige para su preparación o interposición"-.

Según doctrina de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo, recogida en su sentencia núm. 450/2017, de 21 de junio, y en sentencia de esta Sala núm. 89/2021, de 7 de octubre, "hemos dicho en SSTS 24/2014 de



6 de febrero, 54/2015 de 11 febrero, 168/2017 de 15 marzo, que la forma en que el motivo es articulado infringe las previsiones del artículo 874 LECrim, dado que las diferentes razones de impugnación deben estar ordenadas como motivos diferentes, que se presentarán debidamente separados y numerados. No deben juntarse diversas argumentaciones en un mismo motivo y cuando no se observan estos requisitos y se imputa a la sentencia de forma conjunta, amalgamada y genérica una serie de infracciones normativas, afirmándose que en el procedimiento o en la sentencia se han vulnerado sistemáticamente preceptos constitucionales o legales, la consecuencia debería ser la inadmisión a trámite [o,] en su caso, la desestimación. En definitiva, esa mezcla de motivos constituye un defecto grave de técnica casacional. No es procedente mezclar argumentos propios de un motivo por presunción de inocencia con otros por infracción de Ley, especialmente con el error de hecho en la valoración de la prueba pues "conceptualmente supone contradicción argumentativa cobijar conjuntamente la presunción de inocencia y el error de hecho en la apreciación de la prueba. La alegación de la violación de tal principio fundamental de presunción de inocencia aduce siempre una condena sin prueba, al paso que el error de hecho en la apreciación de la prueba está proclamando ya la existencia de prueba, aunque ésta se interprete y aprecie errónea o equivocadamente" (STS. 4.11.1998)".

No obstante la deficiente técnica advertida, en aras del otorgamiento de la más efectiva tutela judicial a la que tiene derecho el recurrente, necesidad que en el ámbito de la jurisdicción militar se ve reforzada por la inexistencia de un recurso generalizado de apelación, entraremos en el análisis de las cuestiones planteadas, haciendo uso en esta vía casacional de una interpretación amplia del indicado derecho fundamental, que no puede verse obstaculizado por un excesivo rigorismo a la hora de exigir determinados requisitos formales cuando, como en el presente caso, del escrito de formalización de la impugnación pueden deducirse fácilmente tanto las cuestiones de fondo que se suscitan como los preceptos legales en que aquellas pretenden ampararse.

2. En realidad, la única razón por la que el recurrente considera que el Tribunal *a quo* ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia es por no haber valorado éste correctamente, con inaplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el certificado emitido por el Capitán del buque de Transmediterránea, obrante al folio 124 del Rollo I de las Diligencias Preparatorias 26/03/20, a cuyo tenor, dice el recurrente, "el tiempo que empleó su barco en abandonar las aguas territoriales de Melilla en su desplazamiento de Melilla a Málaga fue de 38 minutos y que el tiempo que emplea el barco en el trayecto de Málaga a Melilla del día 28 de junio desde que entra en las aguas jurisdiccionales españolas correspondientes a la ciudad Autónoma de Melilla hasta atracar en el puerto de Melilla es de entre 58 a 60 minutos y que empleó en la travesía desde la salida de Málaga hasta estar atracado en Melilla 5 horas 50 minutos". De ello deduce el actor "que el ferry abandonó las aguas territoriales de Melilla el día 26 de junio a las 00:37 horas y entró en las mismas a las 11 horas 20 minutos del día 28 de junio de 2020" y centra su queja en que el Tribunal *a quo* "obvia totalmente el certificado emitido y recoge que es suficiente para perfeccionar el delito desde que el pasajero se embarca con la intención de ausentarse del lugar de origen y que huelga todo tipo de apreciación sobre el tiempo que tarde en salir dicho medio de transporte de su circunscripción o, en su caso, de aguas territoriales".

3. La Excm. Sra. Fiscal de Sala, en su completo escrito de oposición, además de proponer la inadmisión del motivo por las razones expresadas en la cuestión previa, expresa una serie de razones para su desestimación que podemos sintetizar en las siguientes: i) la presunción de inocencia cuya vulneración se denuncia no ha sido conculcada, al existir prueba de cargo suficiente y haber quedado perfectamente razonado el modo en que el Tribunal sentenciador ha llegado a la convicción de que los hechos ocurrieron en la forma que aparecen relatados en la declaración de hechos probados; ii) la parte recurrente no identifica el concreto error del relato fáctico de la sentencia que debe ser corregido, ni sugiere nueva redacción del mismo, como exige la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, y iii) el certificado en el que apoya el recurrente el motivo es irrelevante a los efectos de modificar el fallo.

4. A juicio de la Sala, el referido documento, obrante al folio 124 del Rollo I de las Diligencias Preparatorias 26/03/20, en modo alguno desvirtúa el relato fáctico de la sentencia impugnada, por las razones que a continuación expresamos:

A) Es inexacto atribuir -como hace el recurrente en una defectuosa interpretación del expresado certificado del Capitán del buque de Trasméditerránea- el mar territorial a una determinada administración territorial, bien se trate de un municipio, de una provincia o de una comunidad autónoma.

El estatuto jurídico de los espacios marítimos viene determinado primariamente por el Derecho Internacional Marítimo o Derecho del Mar, entre cuyas fuentes ocupa una posición relevante la vigente Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), hecha en Montego Bay (Jamaica), el 10 de diciembre de 1982 y ratificada por España mediante Instrumento de Ratificación de 20 de diciembre de 1996 (BOE de 14 de febrero de 1997), y se basa en un equilibrio entre la soberanía o los derechos soberanos atribuidos a los Estados -sólo a los Estados- ribereños sobre las aguas marítimas adyacentes a su territorio y los derechos

reconocidos al resto de Estados (incluidos los Estados sin litoral), de forma que tales derechos soberanos serán más intensos cuanto más próximas al territorio del Estado sean las aguas marítimas y menos intensos cuanto más distante sea el espacio marítimo tomado en consideración.

En lo que se refiere al mar territorial, determina el artículo 2 de la CNUDM:

" Régimen jurídico del mar territorial, del espacio aéreo situado sobre el mar territorial y de su lecho y subsuelo

1. La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores y, en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial.

2. Esta soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar.

3. La soberanía sobre el mar territorial se ejerce con arreglo a esta Convención y otras normas de derecho internacional".

Y el artículo 3 de la misma Convención, citado por el recurrente como indebidamente inaplicable por la sentencia de instancia, dispone:

" Anchura del mar territorial

Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con esta Convención".

Lo expuesto hasta ahora, sin necesidad de profundizar en las reglas especiales que establece la propia Convención para la delimitación del mar territorial o la regulación del paso inocente, es suficiente para poner de manifiesto la equivocación que supone el atribuir a una determinada comunidad autónoma o a una administración local la posesión de un determinado mar territorial, pues sólo al Estado como sujeto de Derecho Internacional se le reconocen derechos de soberanía sobre el mismo, con una serie de limitaciones en favor de los buques de los demás Estados.

Desde la perspectiva del Derecho interno, la conclusión no puede ser distinta.

El artículo 132 de la Constitución española, tras proclamar en su apartado 1 que "La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación", determina, a continuación, en su apartado 2 que "Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental".

Por si alguna duda pudiera todavía existir sobre la incorrección que supone referirse al mar territorial de Melilla o a dicho mar como aguas jurisdiccionales de Melilla, basta para despejarla que fijemos la atención en los artículos 2 y 27 de la Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla. Mientras que el segundo artículo citado determina que "Todas las competencias de la ciudad de Melilla se entenderán referidas a su territorio", el primero aclara que "El territorio de la ciudad de Melilla es el comprendido en la delimitación actual de su territorio municipal", territorio que, por definición, no incluye las aguas marítimas.

B) El lugar donde se había autorizado a residir al hoy recurrente durante el período de baja médica por enfermedad que sufría al tiempo de ocurrir los hechos no era uno cualquiera de la Ciudad Autónoma de Melilla sino el que constaba en la propia petición que el mismo formuló (folio 40 de las Diligencias Preparatorias) y fue debidamente autorizado (folio 41), ubicado en concreto en la calle Ibáñez Marín nº 16.

Resulta por ello tan evidente que a las 23:59 horas del día 25 de junio de 2020 el Soldado Rafael (hora tomada en consideración por la sentencia impugnada como de inicio del abandono de residencia) había abandonado su lugar de residencia autorizada, puesto que a dicha hora se encontraba ya embarcado en el buque que zarpaba en ese momento rumbo a Málaga, como que no pudo regresar a su residencia autorizada antes de las 01:20 horas del día 29 de junio del mismo año, puesto que a dicha hora terminó el atraque en el puerto de Melilla del buque en el que regresaba de Málaga el expresado soldado, según se desprende de la información suministrada por la Compañía Transmediterránea (obrante a los folios 15 y 16) y del propio certificado emitido por el Capitán del buque (obrante al folio 124), en el que apoya su pretensión el recurrente. Y ello por más que el citado buque atravesara en su derrota hacia los citados destinos mar territorial español generado por la costa de Melilla o por la costa de Málaga, u otros espacios marítimos sobre los que el Reino de España ostenta o reclama derechos de soberanía como son la zona contigua al mar territorial y la zona económica exclusiva, algunos de los cuales por cierto -como ocurre con los generados precisamente por el territorio de la ciudad de Melilla-, son objeto de litigio por no haber sido reconocidos formalmente por el Reino de Marruecos.



Hechas las anteriores precisiones, la conclusión alcanzada por el Tribunal *a quo* debe considerarse no solo razonada sino también razonable, en el sentido de no estar falta de lógica o ser arbitraria. La Sala no aprecia error alguno - derivado del certificado al que alude el recurrente- en los hechos que la sentencia de instancia declara probados y considera ajustado a Derecho el razonamiento contenido en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia de instancia, cuando afirma que "en el presente caso, el Soldado D. Rafael , fue autorizado por el Jefe de su Unidad a residir durante el tiempo de baja médica, en su domicilio en Melilla, CALLE000 n° NUM000 , ausentándose del mismo durante más de tres días. Dicha vivienda en Melilla constituía su domicilio autorizado y no un buque Ferry de Transmediterránea estuviera éste donde fuera", sin que, por otro lado, dicha sentencia incurra, por las razones antes expuestas, en infracción alguna del artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, también invocado por el recurrente.

Contradichas, pues, las premisas en las que asienta el recurrente la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, procede desestimar el primer motivo de su recurso de casación.

SEGUNDO.- 1. El segundo motivo del recurso lo formula el recurrente por infracción de ley penal sustantiva, al amparo del artículo 849.1º LECrim, por indebida aplicación del artículo 56 del Código Penal Militar, en relación con los elementos del tipo penal.

Considera el actor que del hecho probado único de la sentencia no se concluye la realización de los elementos típicos del artículo 56 del Código Penal Militar, toda vez que "en ningún caso, estuvo ausente más de tres días". A su juicio, no es acorde con la jurisprudencia de esta Sala -a cuyo efecto cita la STS, 5ª, de 3 de diciembre de 2012- condenar por una ausencia de más de 72 horas pero de menos de cuatro días, como ha hecho el Tribunal *a quo*, toda vez que "el tiempo se cuenta por días y no por horas y más de tres días, son, al menos, cuatro, por lo que no se ha cometido ilícito penal alguno".

2. El Ministerio Fiscal recuerda en su oposición al motivo que, conforme a constante jurisprudencia de esta Sala, el desarrollo del motivo de casación fundado en el *error iuris* viene condicionado al pleno respeto al ya inamovible relato de hechos, lo que no hace el recurrente, pues según los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, el Soldado del Ejército de Tierra D. Rafael se ausentó sin autorización de su residencia "desde las 23:59 horas del día 25 de junio de 2020, que es cuando partió el Ferry de Transmediterránea en el que viajaba, previas las maniobras de embarque y desatraque, hasta las 01:30 horas del día 29 de junio siguiente, en que desembarcó en el puerto de Melilla del Ferry en el que regresaba".

Siendo ello así, y de conformidad con la jurisprudencia que cita de esta Sala, resulta evidente, a juicio del Ministerio Fiscal, que la pretensión resulta inatendible, habida cuenta de que los hechos declarados probados, ya inalterables, se subsumen, sin dificultad, en el tipo básico del delito tipificado en el artículo 56.1 del Código Penal Militar, "por cuanto concurren todos los elementos objetivos y subjetivos, precisos para integrar la figura delictiva de que se trata".

3. Ciñendo ahora nuestro análisis al elemento temporal del tipo penal aplicado, en cuya falta de concurrencia se apoya el recurrente para negar la tipicidad de la conducta por la que ha resultado condenado, no está de más comenzar con la transcripción del artículo 56.1 del Código Penal Militar, en el que aquél se comprende:

"El militar que, incumpliendo la normativa vigente, se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión".

El propio artículo 56 contiene en su apartado 3 una regla específica para el cómputo de los plazos expresados en sus dos primeros apartados, regla conforme a la cual:

"Para el cómputo de los referidos plazos se empezará a contar desde el momento en que se produjere la ausencia o falta de incorporación, hasta aquel en que tuviere lugar la presentación".

Por tanto, para que se consuma el delito de abandono de residencia, el tiempo durante el que debe prolongarse la ausencia ha de superar los tres días -"por más de tres días", en expresión del precepto comentado- debiendo computarse ese tiempo de momento a momento, es decir desde el momento en que comienza la ausencia del lugar de residencia hasta el momento en el que se regresa al lugar de residencia.

De acuerdo con tales parámetros, es correcto que el Tribunal de enjuiciamiento haya considerado temporalmente consumado el tipo penal básico de abandono de residencia, puesto que la ausencia del lugar de residencia se prolongó "por más de tres días", esto es, durante los días 26, 27 y 28 de junio de 2020 completos (incluidas las noches), más un minuto del día 25 y una hora y treinta minutos del día 29 del mismo mes y año.

La anterior interpretación resulta compatible con la que esta misma Sala realizó respecto del tipo penal equivalente que contemplaba el artículo 119 del hoy derogado Código Penal Militar de 1985.



En tal sentido, la STS, 5ª, de 1 de julio de 2014 -recurso núm. 18/2014- señalaba que "como ya se recordaba en Sentencia de 2 de febrero de 2004, en el delito de abandono de destino "el cómputo de dicho plazo [de tres días] debe realizarse de momento a momento, como ya estableció esta Sala en sentencias 29.11.1994 y 15.7.1999 y ello es así cuando los plazos inicial y final estén determinados o resulten determinables, no cuando el "dies a quo" y el "dies ad quem" estén fijados en toda su extensión, en cuyo caso por aplicación del principio "pro reo", se debe considerar que el cómputo se extiende y comprende las veinticuatro horas del día".

Esa misma doctrina es la que recoge la sentencia de esta Sala de 3 de diciembre de 2012 -recurso núm. 43/2012-, la cual es invocada por el recurrente en apoyo de su pretensión. La razón de que en dicha sentencia se estimara el recurso de casación no fue otra distinta del hecho cierto de que el acusado se presentó voluntariamente en la unidad de destino antes de que transcurriera completo el tercer día de ausencia considerado.

Por tanto, ni la redacción del artículo 56 del vigente Código Penal Militar, ni la jurisprudencia de esta Sala pronunciada al interpretar el artículo 119 del derogado Código Penal Militar de 1985 permiten acoger la tesis que mantiene el recurrente. Tesis que sólo podría prosperar si el tipo penal exigiera que la ausencia se prolongara durante cuatro o más días completos, en lugar de "por más de tres días" que es lo que realmente determina.

En consecuencia, se desestima el segundo motivo del recurso de casación.

TERCERO.- 1. El motivo tercero y último del recurso aparece también formulado por infracción de ley penal sustantiva, al amparo del artículo 849. 1º de la LECrim, por aplicación indebida del artículo 56 del Código Penal Militar, pero en esta ocasión "en relación a los días del fin de semana".

Argumenta el recurrente que la ausencia por la que ha sido condenado se "refiere a un viernes, un sábado y un domingo y si en los delitos de abandono de destino no se contabilizan ni los sábados ni los domingos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el acuerdo de Sala al respecto, consideramos que siendo el delito del mismo artículo del Código Penal Militar tampoco deben de ser tenidos en cuenta en el presente caso".

A continuación, reproduce fragmentos de sentencias de esta Sala que hacen referencia a supuestos que pueden justificar la falta de incorporación a la unidad de destino, principalmente por padecimiento de enfermedad, en relación con el delito de abandono de destino, y alega "que se dirigió a Málaga a ver a su familia por las recomendaciones médicas que le fueron realizadas tanto por el médico de cabecera como por la psiquiatra Dra. Juana".

Termina el desarrollo del motivo con una referencia a los criterios de subsidiariedad y de intervención mínima del Derecho Penal, de acuerdo con los cuales éste debe considerarse "como última *ratio* en relación a otros medios de los que dispone el Estado, en este caso el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas".

2. La Excm. Sra. Fiscal de Sala considera que el motivo debe ser desestimado por las siguientes razones: a) En el presente caso concurren todos los elementos del injusto del delito de abandono de residencia, pues estando autorizado a disfrutar su baja médica en su residencia de la ciudad de Melilla la abandonó voluntaria e injustificadamente durante más de tres días; b) por lo que se refiere a la queja del recurrente de que no se le han descontado de los días de ausencia el fin de semana, la consolidada jurisprudencia de esta Sala ha declarado reiteradamente que no resulta aplicable el descuento de los días de fin de semana "a las ausencias de residencia en que incurran quienes se hallaren en situación de baja por enfermedad, porque no concurren en éstos el presupuesto de estar libres de servicio" (STS, 5ª, 107/2019, de 24 de septiembre); c) en el presente caso, el recurrente dejó de cumplir los deberes de localización, disponibilidad y sometimiento al control de los mandos, sin que su ausencia no autorizada esté justificada, por las razones que se exponen en la sentencia impugnada, comportando su conducta "una palmaria vulneración de las obligaciones que, en relación con los términos de cumplimiento de la baja médica, pesaban sobre él" (STS, 5ª, 57/2017, de 11 de mayo).

3. Tanto el Ministerio Fiscal como la sentencia impugnada dan cumplida respuesta a la alegación ahora planteada como motivo de casación, similar a la que también fue formulada por la defensa del hoy recurrente en la vista oral, en relación con el cómputo de los días de fin de semana a efectos de la ausencia determinante del delito de abandono de residencia.

Y esta Sala no puede sino mostrar su plena conformidad con dicha respuesta, pues se remite a nuestra sentencia núm. 109/2017, de 24 de septiembre, a cuyo tenor, si bien hemos admitido en relación con el delito de abandono de destino que se descuenten los sábados, domingos y festivos, siempre y cuando no tuviera asignado servicio el acusado durante esos días y no existiera obligación de estar presente en la unidad, sin embargo, "[e]sta computación no resulta aplicable a las ausencias de residencia en que incurran quienes se hallaren en situación de baja por enfermedad, porque no concurren en éstos el presupuesto de estar libres de servicio (sentencia 7 de octubre de 1997)".



Y es que, en el caso que nos ocupa, el ilícito cometido no consiste en dejar de prestar servicio en el destino, por ausentarse de la unidad en la que se ejerce, en cuyo caso tiene lógica que se descuenten los días en los que no existe obligación de prestarlo, sino en abandonar, sin comunicación al mando y sin solicitar la correspondiente autorización, el lugar de residencia que había sido determinado a petición propia por el hoy recurrente para recuperarse del padecimiento que había motivado su baja médica, incumpliendo así los deberes de residencia, de localización y de sometimiento al control de los superiores que vincula a todo militar; padecimiento que se sufre igualmente en días laborables que en festivos, por lo que carece de sentido el descuento del fin de semana que propone el recurrente.

Rechazada, pues, la causa principal del motivo de casación ahora examinado -única a la que alude su enunciado- hemos de remitirnos a los acertados razonamientos contenidos en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia impugnada, que, con el fin de evitar repeticiones innecesarias, damos aquí por reproducido en su integridad, en los que se constata y justifica la concurrencia en el caso de autos de todos los requisitos exigidos por el artículo 56.1 del Código Penal Militar para integrar el delito de abandono de residencia, conforme a la jurisprudencia emitida por esta Sala al interpretar este tipo penal

La Sala no considera causa de justificación del expresado delito el alegato del recurrente sobre la razón por la que se fue a Málaga, en primer lugar, porque, como señala la sentencia de instancia en el último párrafo del Hecho Segundo, el que los médicos que trataron al hoy recurrente hubieran aconsejado "que su baja psicológica la pasara con su familia, no justifica la ausencia de solicitud de autorización necesaria, que el encausado no tramitó en este caso para abandonar la plaza de Melilla" y, en segundo lugar, porque, según consta al folio 40 de las Diligencias Preparatorias, fue el propio Soldado Rafael el que solicitó residir durante el padecimiento de su enfermedad en una concreta dirección de la Ciudad Autónoma de Melilla.

Por lo que se refiere al alegato final sobre los principios de subsidiariedad e intervención mínima del Derecho Penal resulta oportuno recordar la doctrina de este Tribunal Supremo, recogida ampliamente en la reciente STS, 5ª, núm. 89/2021, de 7 de octubre, de la que extraemos la siguiente cita:

"Y, por último, en esta línea argumental la sentencia de esta Sala núm. 24/2020, de 5 de marzo de 2020, siguiendo nuestra antealudida sentencia de 21 de enero de 2011, y seguida por las núms. 25/2021, de 16 de marzo de 2021 y 35/2021, de 13 de abril de 2021, tras indicar que "en relación con el recordatorio que, insertado en este segundo motivo de recurso, nos hace el recurrente de que la aplicación del derecho penal debería ser la *última ratio*, hemos de señalar, siguiendo la Sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2010 -R. 2528/2008-, ya citada en nuestra Sentencia de 21 de enero de 2011, que "el principio de 'intervención mínima' no puede ser invocado como fundamento de la infracción de Ley en el recurso de casación, toda vez que sólo es un criterio de política criminal dirigido particularmente al legislador y sólo mediatamente puede operar como criterio regulador de la interpretación de las normas penales, que en ningún caso puede servir para invalidar una interpretación de la ley ajustada al principio de legalidad. Su contenido no puede ir más allá, por lo tanto, del principio liberal que aconseja que en la duda se adopte la interpretación más favorable a la libertad (*in dubio pro libertate*)", mientras que en la de 19 de enero de 2002 -R. 2216/2000-, seguida por las de 30 de enero de 2002 -R. 2316/2000- y 13 de febrero de 2008 -R. 682/2007-, señala que "hay

que decir, ante todo, que el llamado por la doctrina principio de intervención mínima no está comprendido en el de legalidad ni se deduce de él. Reducir la intervención del derecho penal, como última 'ratio', al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio precisamente con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. Como también recordábamos en la referida Sentencia de 21 de enero de 2011 de esta Sala, "la Sentencia de la Sala Segunda de 8 de julio de 2002 -R. 3536/2000- sienta que 'el principio de intervención mínima puede ser postulado en el plano de la política criminal, tratando de orientar al legislador hacia una restricción de las conductas que deben merecer una respuesta penal. Una vez tipificada una conducta como delito por el legislador democráticamente legitimado, la aplicación judicial del precepto no debe estar inspirada por el principio de intervención mínima sino por el de legalidad, siendo éste entre nosotros el que obliga a no apreciar la existencia de un delito, a tenor de lo dispuesto en el art. 5 CP, sino cuando el hecho típico se realiza, según los casos, con dolo o por imprudencia'", concluye que "siendo ello así, es claro que en cuanto el Código Penal Militar tipifica los hechos enjuiciados como constitutivos de delito, el juzgador está obligado a su aplicación como consecuencia inmediata del vinculante principio de legalidad, sin perjuicio del ejercicio de las facultades que tiene atribuidas el órgano de enjuiciamiento para la imposición de la pena que corresponde en el caso, en términos de razonable graduación e individualización. Resulta por ello superflua la invocación de este principio".



Conforme a dicha doctrina, mal puede invocarse el principio de intervención mínima ante la evidencia de una conducta inserta de modo claro en el tipo penal del artículo 56 del Código Penal Militar, creado para sancionar esta clase de conductas que no pueden quedar en el mero reproche disciplinario.

Además, también la propia ley disciplinaria impide apreciar como infracción disciplinaria un hecho que reúna los elementos típicos de un determinado delito, en este caso del abandono de residencia contemplado en el artículo 56.1 del Código Penal Militar, porque, como determinan en su primer párrafo los artículos 6, 7 y 8 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, sólo es posible calificar de infracción disciplinaria una determinada conducta cuando la misma no sea constitutiva de delito.

La consecuencia de todo lo expuesto es la desestimación del tercero y último motivo invocado de casación y, con ella, la del recurso en su totalidad.

CUARTO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la justifica militar, conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- Desestimar el recurso de casación n.º 101-32/2021, interpuesto por el Soldado Artillero D. Rafael , representado por la procuradora D.ª Lucía Agulla Lanza, bajo la dirección del letrado D. José Vicente Moreno Sánchez, frente a la sentencia de fecha 13 de abril de 2021, recaída en las Diligencias Preparatorias n.º 26/03/20, dictada por el Tribunal Militar Territorial Segundo, por la que se condenó al recurrente como autor responsable de un delito de "abandono de residencia", previsto y penado en el artículo 56 del Código Penal Militar, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres meses y un día de prisión, con las accesorias de suspensión militar de empleo, cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida por ser ésta conforme a Derecho.

3º.- Declarar de oficio las costas del presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jacobo Barja de Quiroga López

Fernando Pignatelli Meca Clara Martínez de Careaga y García

José Alberto Fernández Roderá Fernando Marín Castán